



ISSN 1980-6434

DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E A NECESSIDADE DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL PARA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM DIREITO FUNDAMENTAL: UMA CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Texto extraído do EVOCATI Revista

http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=644**Carla Eugênia Caldas Barros e Thiago Moreira da Silva**

Carla é Professora Doutora da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Thiago é Mestrando em Direito (UFS), Especialista em Direito Público (UNB), Graduado em Direito (UFPE).

RESUMO

O estudo do alcance e da aplicação da cláusula do devido processo legal substancial assume relevante papel para o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional compatível com as premissas do constitucionalismo contemporâneo, caracterizado pela preocupação na promoção e tutela de direitos fundamentais através de decisões judiciais comprometidas com os valores acolhidos pela ordem constitucional, mas que não podem prescindir de métodos racionais de argumentação jurídica. O presente trabalho, portanto, possui por objetivo demonstrar como a Teoria da Ponderação de Alexy poderá contribuir para a compreensão da cláusula do devido processo legal, em seu aspecto substancial, ao fundamentar a validade de medida judicial de restrição a direito fundamental. Para isso, em um primeiro momento, através do método teórico-descritivo, será realizada a exposição da origem histórica da cláusula do devido processo legal e de seu desenvolvimento como garantia constitucional de aspecto processual como instrumento de limitação do poder estatal. Na segunda parte do trabalho, ainda de acordo com o método teórico-descritivo, será demonstrada a evolução da citada cláusula constitucional de uma simples garantia de ordem processual para um instrumento de limitação do conteúdo da própria intervenção estatal, notadamente pelo desenvolvimento da teoria do judicial review pela Suprema Corte norte-americana e pela ascensão do ideário pós-positivista nos países de tradição jurídica romano-germânica. Na última parte do trabalho, por meio do método dedutivo, procurar-se-á demonstrar em que medida a Teoria da Ponderação de Alexy poderá contribuir para a compreensão do substantive due process of law ao fundamentar, de forma argumentativa e racional, a decisão judicial que valida ou não restrições a direitos fundamentais nos chamados hard cases, em que não se mostra adequada a aplicação do método hermenêutico tradicional de subsunção.

Palavras-chave: Devido Processo; Aspecto Substancial; Ponderação.

ABSTRACT

The study of the reach and application of the due substantive due process clause assumes important role in the development of a jurisdictional activity consistent with the assumptions of contemporary constitutionalism, characterized by concern for the promotion and protection of fundamental rights through judicial decisions committed to the values welcomed the constitutional order, but can not do without rational methods of legal reasoning. This work therefore has aimed to show how the Alexy's Weight Formula may contribute to the understanding of the due process clause in its substantial aspect to justify the validity of an injunction barring a fundamental right. For this, at first, through the theoretical and descriptive method, will be demonstrated the historical origin of the due process clause and its development as a constitutional guarantee of procedural aspect as limitation instrument of state power. In the second part, again according to the theoretical-descriptive method, it will be shown the evolution of the aforementioned constitutional clause of a simple guarantee of procedural order for a limitation of the instruments own state intervention content, notably the development of the theory of judicial review by the US Supreme Court and the rise of post-positivist ideas in the countries of Roman-Germanic legal tradition. In the last part of the work, through the deductive method, it will be sought to demonstrate to what extent the Alexy's Weight Formula may contribute to the understanding of substantive due process of law to substantiate, argumentative and rational manner, the court decision that validates or no restrictions on fundamental rights in so-called hard cases, that does not seem appropriate to apply the traditional hermeneutical method of subsumption.

Keywords: Due Process; Substantial Aspect; Weighting.

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo, surgido a partir do período que se sucedeu à Segunda Guerra Mundial, pelo menos no mundo ocidental, é marcado pela ascensão da Constituição ao centro do ordenamento jurídico e pela presença de princípios dotados de alta carga axiológica, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios que compõem os direitos e garantias fundamentais.

Dentre as garantias constitucionais trazidas pela nova ordem instaurada pela Constituição Federal de 1988, a cláusula do devido processo legal revela-se como uma das mais “amplas e relevantes”, seja em seu aspecto formal, seja em seu caráter material (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 592).

O estudo do alcance e da aplicação da referida cláusula constitucional, desta forma, assume relevante papel para o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional compatível com as premissas do constitucionalismo contemporâneo, caracterizado pela preocupação na promoção e tutela de direitos fundamentais através de decisões judiciais comprometidas com os valores acolhidos pela ordem constitucional, mas que não podem prescindir de métodos racionais de argumentação jurídica.

De fato, a sociedade atual, caracterizada pela pluralidade e complexidade, é centro de produção de conflitos cada vez mais elaborados, em que interesses e valores legítimos e razoáveis, muitas vezes protegidos por normas constitucionais, entram em rota de colisão, a exigir a construção de soluções jurídicas que não prescindem de uma argumentação racional.

A importância do tema se avulta diante da proximidade da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, veiculado por meio da Lei nº 13105/2015, que em seu art. 8º consigna expressamente o dever do magistrado de promover a dignidade da

pessoa humana e observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade .

O presente trabalho, portanto, possui por objetivo demonstrar como a Teoria da Ponderação de Alexy poderá contribuir para a compreensão da cláusula do devido processo legal, em seu aspecto substancial, ao fundamentar a validade de medida judicial de restrição a direito fundamental.

Para isso, em um primeiro momento, através do método teórico-descritivo, será realizada a exposição da origem histórica da cláusula do devido processo legal e de seu desenvolvimento como garantia constitucional de aspecto processual como instrumento de limitação do poder estatal.

Na segunda parte do trabalho, ainda de acordo com o método teórico-descritivo, será demonstrada a evolução da citada cláusula constitucional de uma simples garantia de ordem processual para um instrumento de limitação do conteúdo da própria intervenção estatal, notadamente pelo desenvolvimento da teoria do judicial review pela Suprema Corte norte-americana e pela ascensão do ideário pós-positivista nos países de tradição jurídica romano-germânica.

Na última parte do trabalho, por meio do método dedutivo, procurar-se-á demonstrar em que medida a Teoria da Ponderação de Alexy poderá contribuir para a compreensão do substitutivo due process of law ao fundamentar, de forma argumentativa e racional, a decisão judicial que valida ou não restrições a direitos fundamentais nos chamados hard cases, em que não se mostra adequada a aplicação do método hermenêutico tradicional de subsunção.

A pesquisa, diante de seu caráter qualitativo, valeu-se, sobretudo, da leitura primária de material doutrinário e jurisprudencial pertinente ao objeto do presente estudo.

2 DUE PROCESS OF LAW: DA ORIGEM DA EXPRESSÃO LAW OF THE LAND E DO DESENVOLVIMENTO DA CLÁUSULA COMO GARANTIA PROCESSUAL

Segundo Nery Junior, a cláusula do devido processo legal revela-se como princípio fundamental do processo civil, serve de base para outros princípios e regras processuais e garante o direito a um processo e uma “sentença justa” (2012, p. 92).

Pretende-se, nesta seção, elaborar um quadro histórico que demonstre a origem do princípio e o seu desenvolvimento como garantia constitucional de aspecto processual para funcionar também como instrumento de limitação do poder estatal.

Dantas consigna que há quem entenda que o princípio do devido processo legal possui origem no edito de Conrad III, no ano de 1037, mais precisamente na cláusula nisi secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum (2012, p. 344).

Soares refere, contudo, assim como a maioria da doutrina, que a cláusula do devido processo legal remonta à Carta Magna de 1215, imposta ao Rei João Sem Terra pelos nobres (2008, p. 67).

Registra Lima que a coroação do Rei João Sem Terra, em 1199, foi fruto de sufrágio promovido por magnatas feudais, e não por direito divino, circunstância que levou o rei a realizar várias promessas a seus súditos, as quais não vieram a ser cumpridas, o que gerou crescente insatisfação e culminou com a imposição da Carta Magna em 1215 pela nobreza (1999, p. 22-27).

Ainda conforme Lima, a Carta Magna reconheceu vários direitos feudais em favor do baronato, bem como fixou algumas indenizações ocasionadas pelo governo despótico do Rei João Sem Terra (1999, p. 27).

Em que pese a importância da imposição da Carta Magna de 1215 como instrumento de limitação de poder, consigna Dantas que, na verdade, as liberdades ali concedidas o foram como privilégios direcionados apenas a uma determinada classe social, o baronato, de modo que não pode ser compreendida com a liberdade igualitária tal qual conhecemos hodiernamente (2012, p. 82).

Não obstante, o Capítulo 39 da Carta Magna é considerado um marco na história do direito constitucional da Inglaterra, e nele se encontra a “disposição que é considerada a semente da qual brotou a cláusula do devido processo legal”. Representou a subordinação do rei ao *lex terrae*, ou seja, trouxe a imposição da ideia da legalidade sobre o arbítrio real (LIMA, 1999, p. 30-31).

O termo *due process of law*, hoje amplamente consagrado, foi utilizado somente em uma lei de 1354, durante o reinado de Eduardo III, chamada de Statute of Westminster of the Liberties of London (NERY JUNIOR, 2012, p. 93).

Inicialmente pensada como instrumento de outorga aos cidadãos de garantias de ordem processual, com o passar dos anos, houve uma evolução no sentido da cláusula, que passou a incorporar novos significados, sem perder seu caráter processual.

Evoluiu, portanto, de uma simples garantia de direitos feudais “para a garantia da prevalência da *common law*”, em reação a posturas absolutistas dos reis ingleses, que suspendiam processos ou execução de sentenças de forma aleatória, ou aumentavam tributos e criavam tipos penais sem autorização do parlamento (LIMA, 1999, p. 36).

Essa evolução é bem representada, segundo Lima, pela Petition of Rights, de 1628, criada pela Câmara dos Comuns em contraposição a uma prisão arbitrária de cinco nobres pelo Rei Carlos I, assegurando “a garantia de não ser preso sem a evidência de uma justa causa” (LIMA, 1999, p. 37).

Na Inglaterra, a cláusula do devido processo legal foi criada como instrumento de controle dos atos do rei. Não significou, portanto, controle da legislação, tendo em vista a ideia de supremacia do Parlamento (LIMA, 1999, p. 38-39).

A transposição da *common law* para as terras americanas, no século XVII, contudo, não se deu de forma plena. As condições precárias dos colonos do Novo Mundo empregaram novos significados ao direito inglês, com prejuízo, sobretudo, para a ideia de supremacia do Parlamento, muito combatida por Blackstone (LIMA, 1999, p. 40).

A supremacia do Parlamento sofreu forte abalo com a atuação do Poder Judiciário em limitar o alcance da lei para proteger direitos fundamentais (LIMA, 1999, p. 44-45). Consagrou-se, desta forma, a supremacia da Constituição, em que a Suprema Corte norte-americana assumiu o papel de controlar os excessos legislativos em face da Constituição, com base na cláusula do *due process of law* (LIMA, 1999, p. 45).

Como se percebe, a cláusula do devido processo legal foi inicialmente tomada somente em seu aspecto procedimental, que prevaleceu até a metade do século XIX, quando passou a incorporar um sentido material por forte pressão de interesses econômicos (LIMA, 1999, p. 44).

Nos Estados Unidos, a cláusula do devido processo legal não surgiu no texto constitucional de 1787, mas sim na 5ª Emenda, criada no bojo da Bill of Rights, a partir de 1791, e, em 1868, na 14ª Emenda (DANTAS, 2012, p. 345). Contudo, antes mesmo de sua cristalização nas 5ª e 14ª Emendas, a cláusula do devido processo legal encontrou guarida em diversas constituições estaduais, como as da Pennsylvania, Maryland e North Carolina (LIMA, 1999, p. 41).

A 5ª Emenda empregou o *due process of law* de maneira bastante limitada, com conotação puramente legalista, sem conferir ao Poder Judiciário um instrumento efetivo de controle dos atos estatais (LIMA, 1999, p. 70-71). A 14ª Emenda, por seu turno, foi estabelecida apenas para impor a necessidade de sua observância aos Estados da Federação (LIMA, 1999, p. 72).

No Brasil, ensina Dantas que o princípio do devido processo legal somente foi previsto de forma expressa com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LIV, segundo a qual “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (2012, p. 345).

Contudo, consigna Lima que, antes de sua posituação na Constituição Federal de 1988, a cláusula do devido processo legal já possuía normatividade constitucional por ser considerado um princípio implícito (LIMA, 1999, p. 185).

Ainda no aspecto processual, Soares destaca alguns subprincípios densificadores da cláusula do devido processo legal, tais como a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, a garantia do juiz natural, a inafastabilidade da jurisdição, a publicidade dos atos processuais, a motivação das decisões judiciais, a proibição do uso de provas ilícitas e a duração razoável do processo (SOARES, 2008, p. 74).

Dentre essas garantias concretizadoras do devido processo legal em sua conotação processual, destaca-se o princípio da motivação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que, em uma visão pós-moderna, impõe aos órgãos jurisdicionais uma “fundamentação substancial e não meramente formal”, que seja “embasada em argumentos jurídicos sólidos e lastreados nos fatos sociais”, tudo com o objetivo de assegurar a legitimidade das decisões e preservar a segurança jurídica, valores inerentes a um Estado Democrático de Direito (SOARES, 2008, p. 77-78).

Sustenta Soares, portanto, que a cláusula do devido processo legal, em seu aspecto processual (procedural due process), constitui um conjunto de garantias constitucionais que assegura às partes uma série de faculdades e poderes processuais, fator de legitimação da própria atividade jurisdicional (SOARES, 2008, p. 68).

Traçadas essas linhas gerais sobre a origem histórica e o desenvolvimento da cláusula do devido processo legal como garantia constitucional de ordem processual, no próximo tópico será exposta a evolução do alcance da citada cláusula como instrumento de um processo justo, em consonância com o postulado da razoabilidade/proporcionalidade.

3 DA EVOLUÇÃO DA CLAÚSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO GARANTIA DE UM PROCESSO JUSTO: SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW

Na seção anterior, demonstrou-se que, inicialmente, a cláusula do devido processo legal possuía um aspecto puramente processual.

Não obstante, segundo Lima, a partir da segunda metade do século XIX, a cláusula do devido processo legal passou a assumir contornos materiais por conta de mudanças de ordem socioeconômica nos Estados Unidos (LIMA, 1999, p. 72).

De fato, somente com o desenvolvimento jurisprudencial levado a efeito pela Suprema Corte norte-americana é que a cláusula do devido processo legal passou a incorporar um sentido material, tendo por leading case o julgamento realizado em *Calder v. Bull* (1798), em que foram discutidos os limites da intervenção do poder estatal nos direitos dos cidadãos - apesar da conclusão pela constitucionalidade do dispositivo legal - (SOARES, 2008, p. 67-68), antes mesmo do famoso caso *Marbury v. Madison* (NERY JUNIOR, 2012, p. 98).

Como julgamento paradigmático em que pela primeira vez houve declaração de inconstitucionalidade da lei, Lima aponta o caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), em que a Suprema Corte julgou inconstitucional a *Missouri Compromise Act* (1820), lei que aboliu a escravidão naquele estado, violando, assim, o direito à propriedade sem um devido processo legal (LIMA, 1999, p. 72-73).

Nascia, desta forma, o *substantive due process of law*, que permitia ao Judiciário anular leis consideradas inconstitucionais (LIMA, 1999, p. 76).

Ensina Lima que, a partir do século XIX, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em suas decisões, passou a agregar o aspecto substancial à cláusula do devido processo legal, com o objetivo de conferir às decisões soluções mais justas e razoáveis (1999, p. 106).

A partir dessa premissa, a ideia de supremacia da Constituição se impôs à Soberania do Parlamento, de modo a outorgar ao Poder Judiciário, com base na cláusula do devido processo legal, o poder de anular leis que não se mostrassem compatíveis com a ordem constitucional.

O objetivo desse poder conferido ao Judiciário, àquela época, era proteger o cidadão contra atos estatais abusivos, doutrina que buscou inspiração em teorias do direito natural, que gracejavam na nascente comunidade norte-americana (LIMA, 1999, p. 107).

Para Lima, a filosofia dos “direitos naturais” observada no julgamento paradigmático de *Calder v. Bull* (1798) e as cláusulas utilizadas ao longo do século XIX para controlar os atos do Poder Legislativo, como as proibições de *bills of attainder* e de leis retroativas (*ex post facto laws*), a *contract clause* (cláusula de comércio), *supremacy clause*, *commerce clause* (proibição de intervenção irrazoável de lei estadual no comércio), estiveram na origem do desenvolvimento da teoria do aspecto substancial da cláusula do devido processo legal (1999, p. 107-110).

Lima refere que foi no julgamento do caso *Mugler v. Kansas* (1887) que a Suprema Corte dos Estados Unidos se arvorou a competência plena para sindicalizar a constitucionalidade de uma lei, no caso, uma lei do Estado do Kansas que proibia a industrialização e comercialização de bebidas alcoólicas. Na ocasião, o tribunal assentou seu dever de analisar a substância dos atos normativos diante da cláusula do *due process of law* (1999, p. 113).

Constituíam ideias centrais desse entendimento: i) a lei deveria fixar uma relação razoável com o fim pretendido, sob pena de ser declarada nula pelo Judiciário; ii) os poderes estatais não poderiam suprimir por completo as liberdades do cidadão, em especial as de comércio e de contrato (LIMA, 1999, p. 113).

Inicialmente pensada como instrumento de controle de atos estatais diante da pressão de fatores econômicos (direitos de propriedade e de liberdade econômica), a cláusula do devido processo legal passou a ser aplicada pela Suprema Corte norte-americana na esfera dos direitos civis (LIMA, 1999, p. 120-121).

Segundo Lima, a partir da década de 30 do século XX, o foco da cláusula do devido processo legal substancial passou a abordar os direitos fundamentais que, apesar de previstos desde a *Bill of Rights*, não tinham merecido a devida atenção (1999, p. 122).

Nesse contexto, ganhou importância a análise das intervenções legislativas nos direitos fundamentais pela Suprema Corte norte-americana, direitos esses já previstos no *Bill of Rights* - ou mesmo não expressos na Constituição e suas Emendas - e introduzidos nessa análise por meio da cláusula do devido processo legal consignada nas 5ª e 14ª Emendas, o que passou a ser designado de *personal substantive due process of law* (LIMA, 1999, p. 123).

Diante do fenômeno que alçou a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, houve uma “modificação funcional” do devido processo legal, o qual se insere no conceito de democracia ao servir de instrumento de concretização da justiça e de

direitos fundamentais, razão pela qual pode ser entendido como “elemento impulsionador da democracia frente ao respectivo governo” (LIMA, 1999, p. 187).

Essa alteração da compreensão da cláusula do devido processo legal assume fundamental importância diante do constitucionalismo moderno observado nos países de tradição romano-germânica, caracterizado pela indeclinável conformação das normas constitucionais sobre os demais ramos dos direitos, pela força normativa dos princípios, notadamente os constitucionais, e pela compreensão dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores.

Acerca da origem e compreensão dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, leciona Sarlet (2015, p. 149):

Apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certo desenvolvimento do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo nesse sentido. Neste contexto, a doutrina e jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) da Alemanha no caso L^üth, na qual, além de outros aspectos relevantes, foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

De fato, após a Segunda Guerra Mundial, a reconstitucionalização ocorrida nos países europeus, sobretudo na Alemanha, Itália e, depois, em Portugal e Espanha, promoveu a elevação da norma constitucional ao status de norma jurídica, dotada, portanto, de cogência (BARROSO, 2015, p. 296).

Nesse período, nos países europeus de tradição romano-germânica, desenvolveu-se um constitucionalismo mais inspirado na doutrina norte-americana de supremacia da Constituição (judicial review), em que direitos fundamentais foram constitucionalizados e cuja proteção passou a ser papel do Judiciário (BARROSO, 2015, p. 297-298).

A partir desse período histórico, a constituição perde o seu caráter meramente programático para assumir uma posição de verdadeira norma jurídica, conformadora do Estado e da sociedade, em que a necessidade de incorporação de valores múltiplos se torna necessária para a otimização de sua força normativa (HESSE, 1991, p. 21).

De volta ao tema de nosso estudo, defende Soares que ambas as acepções do devido processo legal devem ser compreendidas a partir do “significado ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana”, que foi elevado ao centro do nosso ordenamento jurídico na esteira do constitucionalismo que se desenvolveu após a Segunda Guerra Mundial (SOARES, 2008, p. 68-69).

Em que pese o reconhecimento da força normativa da constituição ter se concretizado tardiamente no Brasil, eis que consagrado definitivamente somente a partir da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 (BARROSO, 2015, p. 297), Lima refere que o Supremo Tribunal Federal lançou mão do princípio do devido processo legal em seu aspecto substancial, pela primeira vez, mesmo sem fazer menção expressa, no ano de 1968, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 45.232-GB, em que declarou a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67, que impunha aos acusados por prática de crimes contra a segurança nacional “uma medida administrativa consistente na suspensão de suas profissões e atividades particulares” (1999, p. 202).

Em uma ordem constitucional caracterizada pela irradiação de normas constitucionais e pela necessidade de concretização e preservação de direitos fundamentais, logo se percebe a importância assumida pela transformação da cláusula do devido processo legal de mera garantia de ordem processual para agregar uma conotação substancial, voltada para a preservação dos direitos fundamentais em face de intervenções indevidas.

Nesse sentido, defende Lima que, além de elemento de defesa do cidadão frente ao arbítrio estatal, o princípio do devido processo legal serve de instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito ao também viabilizar a análise de restrição a direito fundamental (1999, p. 189).

Em corroboração a essa ideia, Soares destaca que o direito processual, além de disciplinar uma das atividades essenciais do Estado, possui significativa parte de sua principiologia sediada na Constituição, razão pela qual o processo deve ser concebido como espaço adequado para a promoção da tutela dos direitos fundamentais (SOARES, 2008, p. 82).

Nesse sentido, o fenômeno da constitucionalização dos direitos preside a reformulação da teoria do processo, em que a cláusula do devido processo legal substancial assume relevante destaque por funcionar como instrumento de “concretização dos valores e finalidades maiores do sistema jurídico”, ao assegurar “as condições da possibilidade de um consenso racional dos sujeitos processuais sobre as opções hermenêuticas mais justas”. (SOARES, 2008, p. 82).

Defende Soares, portanto, que a substancialização da cláusula do devido processo legal revela-se como resultado da nova epistemologia desenvolvida no curso do fenômeno que se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico, em que há uma valorização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, os quais passam a conformar as relações processuais (SOARES, 2008, p. 82).

A ideia da substancialização da cláusula do devido processo legal como exigência da nova hermenêutica imposta pelo pós-positivismo jurídico para a solução dos chamados hard cases, à luz da Teoria da Ponderação de Robert Alexy, será objeto da próxima seção.

4 A ESTREITA CONEXÃO ENTRE O SUBSTANTIVE DUE PROCESS E A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Ensina Bobbio que o positivismo jurídico pode ser caracterizado pela abordagem avaliativa do direito, já que os positivistas se propunham a estudar o direito como uma ciência com as mesmas características das ciências físico-matemáticas. Isso pressupunha uma separação entre juízos de fato - “tomada de conhecimento da realidade” - e juízos de valor - “tomada de posição frente à realidade”, esses desprezados pelos juspositivistas. Com efeito, para o positivismo jurídico, o cientista deveria realizar juízos positivos da realidade, se despir de atitudes moralistas ou metafísicas e reconhecer a realidade como ela é, ou seja, o direito deveria ser estudado como ele é, e não como deve ser (BOBBIO, 2006, p. 135).

A avaliação do direito conduziu a um pensamento jurídico formalista, vez que a preocupação restou direcionada para a legitimação formal das normas em prejuízo do seu conteúdo propriamente dito. Para os positivistas, a técnica prevaleceria sobre a tradição fundada em comportamentos éticos como fonte de legitimidade das normas jurídicas.

De fato, o formalismo foi uma característica marcante do positivismo jurídico, traduzida pela ideia de que o direito se estruturava a partir de seu aspecto formal, sem se importar com o conteúdo. Como destacado por Bobbio, a preocupação dos juspositivistas era “como o direito se produz”, e não o que ele produz (BOBBIO, 2006, p. 145).

O constitucionalismo atual, surgido no período histórico que se sucedeu após a Segunda Guerra Mundial, procurou superar o formalismo preconizado pelo positivismo jurídico ao resgatar o ideário kantiano de valorização do homem como um fim em si mesmo e ao buscar a aproximação do direito com os preceitos da filosofia política e moral, sobretudo por meio da positivação e/ou utilização dos princípios, com destaque para os da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade (BARROSO, 2015, p. 283-284).

Nesse caminho, uma das grandes transformações operadas pelo marco teórico do pós-positivismo, conforme Barroso, foi o desenvolvimento de uma nova hermenêutica, notadamente influente no direito constitucional, a partir da consolidação dos ideários do constitucionalismo democrático e da expansão da jurisdição constitucional, aliada à complexidade da sociedade contemporânea, marcada pelo “pluralismo de visões, valores e interesses”, às demandas incessantes por justiça e consagração de direitos fundamentais e ao crescente interesse na participação dos processos políticos (2015, p. 299-300).

Referido conjunto de fatores provocou uma reelaboração das premissas teóricas da interpretação tradicional, em que novos elementos categóricos ganharam destaque, como as cláusulas gerais, a força normativa dos princípios, a constante colisão entre normas constitucionais e direitos fundamentais e a utilização das técnicas de ponderação e da razão prática para validar e legitimidade das decisões judiciais (BARROSO, 2015, p. 300).

Dentro desse contexto pós-positivista, sustenta Soares que a cláusula principiológica do devido processo legal substancial viabiliza, assim, a “utilização do postulado ou princípio instrumental da razoabilidade/proporcionalidade” como método hermenêutico mais adequado para concretizar a ideia de justiça, dotando o direito processual das notas de legitimidade e efetividade (SOARES, 2008, p. 83).

O aspecto substancial da cláusula do devido processo legal, segundo Soares, garante a aplicação de uma decisão judicial calcada em uma “hermenêutica legítima e efetiva”, produto de uma “ponderação principiológica” e não apartada “do postulado da razoabilidade/proporcionalidade” (SOARES, 2008, p. 68). Permite, dessa forma, a utilização do método da ponderação para solução de conflitos principiológico, em substituição ao método subsuntivo, como preconizado pelos defensores do pós-positivismo jurídico (SOARES, 2008, p. 84).

A técnica da subsunção foi, por muito tempo, o raciocínio padrão de aplicação de direito. Contudo, apesar de continuar sendo importante, não se mostrou adequada para solucionar conflitos entre princípios e direitos fundamentais (BARROSO, 2015, p. 372-373).

Nessas situações, a técnica da subsunção, por operar de forma unidirecional, não é constitucionalmente adequada por ofender o princípio da unidade da Constituição, que rechaça a hierarquia entre normas constitucionais (BARROSO, 2015, p. 373).

A nova hermenêutica viu-se na necessidade de desenvolver outros métodos, de igual racionalidade e confiabilidade, mas que operassem de forma multidirecional, como se sucede na ponderação, utilizada para os chamados casos difíceis, técnica que restou incorporada à rotina de decisões do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2015, p. 373).

Nessa linha de raciocínio, o princípio do devido processo legal, em seu aspecto substancial, serve de instrumento para imprimir racionalidade às decisões do Poder Judiciário, de modo a impedir “soluções judiciais meramente voluntaristas” (LIMA, 1999, p. 227), notadamente quando se depara com os denominados hard cases. Ainda nas palavras de Lima, o aspecto substancial do princípio do devido processo legal “Significa, portanto, não só um guia de razoabilidade e proporcionalidade, mas um dever de obediência ao procedimento que melhor atenda aos interesses de justiça” (LIMA, 1999, p. 227).

Para fins do objeto deste trabalho, portanto, destacaremos a importância da aplicação da Teoria da Ponderação de Robert Alexy para a solução dos chamados hard cases, que costumam ocorrer em sociedades que prestigiam a normatividade de princípios constitucionais e a compreensão dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, viabilizada em função da consagração da cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial.

De fato, diante de um quadro de colisão de princípios constitucionais, notadamente quando positivados como normas fundamentais, mostra-se imperioso realizar uma construção argumentativa que possa resolver esse tipo de colisão de forma racional, tendo em vista a insuficiência do método clássico de interpretação por meio do juízo de subsunção.

Para Alexy, somente uma concepção de direitos fundamentais fundada na teoria dos princípios pode oferecer, de forma satisfatória, respostas racionais ao problema da colisão de princípios, por meio da Teoria da Ponderação (2015, p. 68).

Segundo o referido teórico alemão, existem dois tipos distintos de construções de direitos fundamentais. A primeira, a qual Alexy qualifica de “estreita e rigorosa”, denomina de “construção de regras”. A segunda, que seria “larga e ampla”, é a “construção de princípios”. A utilização de uma ou de outra, conforme Alexy, é questão central da problemática da interpretação constitucional em uma ordem “que conhece direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional” (2015, p. 105).

A concepção “estreita e rigorosa” preserva a qualidade de normas jurídicas dos direitos fundamentais, bem como sua posição de proeminência no sistema jurídico, mas defende sua aplicação pelo mesmo método das regras (ALEXY, 2015, p. 106), ou seja, através de juízos de subsunção.

A ideia dos direitos fundamentais como “construção de princípios” vai além da função de meramente defender o cidadão, de forma abstrata, das intervenções estatais.

Para Alexy, esse tipo de construção está “inserida em um quadro mais amplo”, cujas bases teóricas foram desenvolvidas na Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal, pela primeira vez, quando do julgamento do caso Lüth, em 1958 (2015, p. 106).

O tribunal de segunda instância de Hamburg condenou Lüth a abster-se de provocar boicotes ao novo filme de Veit Harlan, a quem reputava a pecha de diretor artístico de filmes nazistas, com base no § 826 do código civil alemão, que proíbe a provocação dolosa de danos a outra pessoa (ALEXY, 2015, p. 106).

Em recurso constitucional promovido por Lüth, o tribunal constitucional federal entendeu que o boicote ao novo filme de Harlan encontraria guarida, a princípio, na proteção de liberdade de manifestação prevista no art. 5, alínea 1, da Lei Fundamental. Por seu turno, o art. 5, alínea 2, da Lei Fundamental, contém três cláusulas de limitação a esse direito fundamental, sendo a primeira estabelecida por leis gerais, tal como a disposta no § 826 do código civil alemão (ALEXY, 2015, p. 106-107).

De acordo com a “construção de regras”, a demanda seria suficientemente analisada pela realização desses dois juízos de subsunção, quais sejam, a liberdade de manifestação assegurada no art. 5, alínea 1, da Lei Fundamental, na qual estaria albergada a conduta do boicote, pode ser limitada por uma lei geral (§ 826 do código civil alemão), tal como permite o art. 5, alínea 2, da Lei Fundamental (ALEXY, 2015, p. 107).

O Tribunal Constitucional Federal entendeu por insuficiente a realização de meros juízos de subsunção para dirimir a demanda apresentada por Lüth. Na verdade, a limitação de direitos fundamentais por normas de direito civil conduz sempre

a uma ponderação de princípios constitucionais colidentes, em que prevaleceu o princípio da liberdade de opinião (ALEXY, 2015, p. 107).

Conforme Alexy, o caso Lüth serviu para o desenvolvimento de três ideias que conformaram de maneira fundamental o direito constitucional alemão (2015, p. 107).

A primeira é a de que os direitos fundamentais, mais do que disporem, de forma abstrata, de garantias contra o poder estatal, representam, na verdade, uma “ordem objetiva de valores”, ou seja, os direitos fundamentais não possuem somente estrutura de regras, mas também de princípios (ALEXY, 2015, p. 107-108).

A segunda ideia é que essa “ordem objetiva de valores” se espalha “para todos os âmbitos do direito”, ou seja, vai além da relação entre cidadão e Estado, vinculando também particulares. É o chamado “efeito irradiação” (ALEXY, 2015, p. 108).

A terceira ideia, por seu turno, resulta como corolário lógico da estrutura dos direitos fundamentais como princípios e valores. Sendo princípios, os direitos fundamentais tendem a colidir. E essa colisão somente poder ser resolvida racionalmente pela ponderação (ALEXY, 2015, p. 108).

O desenvolvimento teórico de Alexy acerca da natureza dos direitos fundamentais como estrutura de regras e princípios ajuda, portanto, a validar a intervenção judicial em um dado caso concreto.

De fato, conforme o referido jusfilósofo alemão:

Direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização. Como mandamento de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2015, p. 110).

Segundo Alexy, a exemplo do que restou afirmado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, há uma estreita conexão entre a natureza principiológica dos direitos fundamentais e as máximas parciais do princípio da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito. Assim, as condicionantes fáticas estariam relacionadas com as máximas parciais da adequação e da necessidade; por seu turno, a máxima parcial da proporcionalidade em sentido restrito estaria relacionada às condicionantes jurídicas, para as quais seria necessário realizar a ponderação (2014, p. 116-117).

Defende Alexy, portanto, que, para que se possa justificar uma intervenção em um direito fundamental, faz-se necessário realizar uma ponderação, que corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade (2015, p. 67).

Antes de se realizar a ponderação, contudo, é preciso verificar se a medida proposta atende aos princípios ou máximas parciais do princípio da proporcionalidade ligadas às condicionantes fáticas, quais sejam, adequação e idoneidade; somente após a verificação do atendimento das duas máximas referidas é que se deve perquirir pela observância da última máxima parcial da proporcionalidade em sentido restrito, correspondente à ponderação (ALEXY, 2015, p. 111).

Segundo Alexy, a lei da ponderação, em sua concepção mais simples, pode ser estruturada em três passos. Em um primeiro momento se atribui peso ao não cumprimento ou prejuízo de um dos princípios colidentes, conforme uma escala triádica (leve, médio ou grave); no segundo passo, atribui-se peso à importância do outro princípio em sentido contrário, conforme a mesma escala triádica; por fim, realiza-se a ponderação estritamente dita, por meio da demonstração de que a intervenção em um direito fundamental se justifica pela importância atribuída ao outro em sentido contrário, resumido pela seguinte fórmula: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (2015, p. 133).

Por meio da Teoria da Ponderação, desta forma, busca-se justificar, por meio de um discurso racional, a intervenção judicial em um determinado direito fundamental, dada a gravidade das razões que sustentam essa intervenção, na linha do pensamento de Alexy (2015, p. 113):

Uma intervenção em um direito fundamental é desproporcional quando ela não é justificada por uma outra intervenção hipotética, pelo menos, igualmente intensiva, em um outro princípio - contido na constituição ou por ela admitido como fundamento de intervenção - a qual, pela omissão da primeira intervenção, iria tornar-se real .

E sendo proporcional, resta satisfeita a pretensão de correção quanto ao conteúdo -respeito aos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 33) -, a ser justificada diante do contexto fático-jurídico apresentado, pretensão essa que deve ser sempre buscada por uma teoria discursiva que se pretende comprometida com a ideia de legitimidade do Direito, da qual a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial não poderá se apartar.

5 CONCLUSÕES

Neste trabalho, defendeu-se a importância da Teoria da Ponderação de Robert Alexy como instrumento de controle da racionalidade da decisão judicial que analisa restrição a direito fundamental, viabilizada pela necessidade de observância do devido processo legal em seu aspecto substancial.

Em um constitucionalismo que prima pela cogência de princípios constitucionais e consagra a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é inevitável a ocorrência de conflitos entre valores e interesses jusfundamentais e/ou constitucionalmente protegidos, de modo que se mostra insuficiente uma hermenêutica unidirecional de silogismo entre a norma abstratamente prevista e o fato objeto da lide.

Além da necessidade da promoção e tutela dos direitos fundamentais e dos valores constitucionalmente consagrados, impostas pela elevação à garantia fundamental expressa da cláusula do devido processo legal, de dupla dimensão (processual e substancial), como demonstrado, é preciso que o Direito viabilize um método de interpretação que consagre uma análise multidirecional dos conflitos qualificados que costumam ocorrer em uma sociedade complexa e plural com a brasileira.

Nesse sentido, a Teoria da Ponderação de Robert Alexy poderá contribuir para o desenvolvimento de uma argumentação jurídica racional, preocupada com a consagração e promoção dos direitos fundamentais, exigência do substantive due process of law.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. 4. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRANCO, Paulo G. Gonet. COELHO, Inocêncio M. MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: . Acesso em: 06 dez. 2015.

DANTAS, Ivo. Constituição e Processo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Fabris, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOARES, R. M. F. O devido processo legal: uma visão pós-moderna. Salvador: Juspodium, 2008.

Sobre o texto:

Texto inserido no EVOCATI Revista nº 122 (20/03/2016)

Elaborado em .

Informações bibliográficas:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=644 >. Acesso em: 12/05/2016